



**DET KONGELIGE
JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENT**

Lovavdelingen

Olje- og energidepartementet
Postboks 8148 Dep.
0033 Oslo

Deres ref.
16/1132

Vår ref.
16/2442 EO ATV/IH

Dato
27.02.2018

Tredje energimarkedspakke – grunnlovsvurdering

1. Innledning

1.1 Spørsmålet

Vi viser til brev 9. februar 2018 fra Olje- og energidepartementet (OED). I brevet blir Lovavdelingen bedt om å belyse konstitusjonelle spørsmål som oppstår ved at EFTAs overvåkingsorgan (ESA) ved traktat (EØS-komiteéns beslutning nr. 93/2017) gis myndighet til, på nærmere vilkår, å treffe vedtak om hvordan en nasjonal reguleringsmyndighet, som utpekes nasjonalt, skal utøve sin myndighet overfor private. Denne myndigheten for ESA til å treffe vedtak er kombinert med et krav til norske myndigheter om å «sikre at reguleringsmyndigheten, når den utfører reguleringsoppgavene den er gitt i henhold til dette direktiv og relevant lovgivning ... ikke søker eller mottar direkte instruks fra noen regjering eller noe offentlig eller privat organ i utførelsen av sine reguleringsoppgaver», jf. tredje elmarkedsdirektiv artikkel 35 nr. 4 bokstav b nr. ii (og tilsvarende bestemmelse i tredje gassmarkedsdirektiv artikkel 39 nr. 4 bokstav b nr. ii).

Grunnen til at de konstitusjonelle spørsmålene oppstår, er at traktatinngåelsen innebærer visse elementer av myndighetsoverføring. Begrepet myndighetsoverføring utdypes noe i punkt 2.2, men vi nevner allerede her at det dreier seg om at myndighet som etter Grunnloven ellers ligger til statens myndigheter (norske statsorganer), overføres til en internasjonal organisasjon.

Spørsmålet er aktuelt nå fordi regjeringen har fremmet en proposisjon hvor Stortinget bes om samtykke til godkjenning av en EØS-komitebeslutning nr. 93/2017, jf. Prop. 4 S (2017–2018). Lovendringer til gjennomføring av EØS-komitebeslutningen er foreslått i Prop. 5 L (2017–2018) Endringer i energiloven (tredje energimarkedspakke) og Prop. 6 L (2017–2018) Endringer i naturgassloven (tredje energimarkedspakke). EØS-komitebeslutningen som omhandlet i Prop. 4 S (2017–2018) inneholder også enkelte andre elementer av myndighetsoverføring som tidligere er vurdert av Lovavdelingen, jf. punkt 1.3 nedenfor.

Hovedspørsmålet er om det ligger innenfor Kongens traktatkompetanse etter Grunnloven § 26 (med Stortingets samtykke etter § 26 annet ledd) å inngå en folkerettslig forpliktelse med et slikt innhold som fremgår av Prop. 4 S (2017–2018).

Uttalelsen her konsentrerer seg om to elementer av myndighetsoverføring:

Et første element av myndighetsoverføring ligger i den nevnte kompetansen som legges til ESA til å treffe vedtak rettet mot den nasjonale reguleringsmyndigheten. Siden det vært reist spørsmål om ESAs vedtak bare har folkerettslig virkning, eller om vedtakene har virkninger ut over dette i norsk intern rett, finner det riktig å drøfte dette spørsmålet med utgangspunkt i Grunnloven § 115, siden ordlyden i § 115 selv trekker et skille mellom vedtak som bare har folkerettslig virkning, og vedtak som har direkte virkning. Karakteren av denne myndighetsoverføringen drøftes i punkt 2.1 til 2.4.

Det er for det andre spørsmål om det ligger et ytterligere element av myndighetsoverføring i forbudet mot at reguleringsmyndigheten mottar instruksjoner som er nevnt foran. Dette spørsmålet drøftes særskilt i punkt 2.5.

I punkt 3.1 til 3.6 drøfter vi først noen rettslige utgangspunkter for rekkevidden av Kongens traktatkompetanse etter Grunnloven § 26. I punkt 3.7 vurderer vi så om det ligger innenfor Kongens traktatkompetanse etter Grunnloven § 26 (med Stortingets samtykke etter § 26 annet ledd) å inngå en folkerettslig forpliktelse med et slikt innhold som fremgår av Prop. 4 S (2017–2018).

1.2 Bakgrunn for henvendelsen

I Prop. 4 S (2017–2018) ber regjeringen om Stortingets samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsakter som inngår i den tredje energimarkedspakken. De aktuelle rettsaktene er forordning (EF) nr. 713/2009 om opprettelse av et byrå for samarbeid mellom energireguleringsmyndigheter (Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER)), forordning (EF) nr. 714/2009 om vilkår for tilgang til nett for utveksling av elektrisk kraft over landegrensene, forordning (EF) nr. 715/2009 om vilkår for tilgang til overføringsnett for naturgass, forordning (EU) nr. 543/2013 om innsending og offentliggjøring av opplysninger på markedene for elektrisk kraft og direktiv

2009/72/EF om felles regler for det indre marked for elektrisk kraft (tredje elmarkedsdirektiv), direktiv 2009/73/EF om felles regler for det indre marked for naturgass (tredje gassmarkedsdirektiv) samt tre tilhørende kommisjonsbeslutninger.

I omtalen av tredje elmarkedsdirektiv vises det til at direktivet «har nye krav til uavhengig nasjonal reguleringsmyndighet, som skal være uavhengig fra både sektoren og politiske myndigheter. I tillegg er listen over den nasjonale reguleringsmyndighetens oppgaver og ansvarsområde utvidet», se Prop. 4 S (2017–2018) punkt 3.1.1, jf. tilsvarende omtale av tredje gassmarkedsdirektiv i proposisjonen punkt 3.2.1.

I sin henvendelse viser OED til at «[i] den offentlige diskusjonen er det bl.a. fremkommet synspunkter om at det å avskjære instruksjonsrett overfor RME [Reguleringsmyndigheten for energi] tilsier at ESAs vedtakskompetanse (som følger av EØS-tilpasningene) innebærer overføring av myndighet». Det vises videre til at dette aspektet ikke er omtalt i proposisjonen som er oversendt Stortinget, og det er bakgrunnen for at spørsmålet nå forelegges Lovavdelingen.

I omtalen av konstitusjonelle forhold i Prop. 4 S (2017–2018) punkt 5 vises det til tre vurderinger fra Lovavdelingen i forbindelse med innlemmelsen av tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen. Disse omhandler andre, men dels tilknyttede sider av tredje energimarkedspakke. Av hensyn til en samlet saksfremstilling gis det først en kort omtale av de tidligere uttalelsene, før kravet til uavhengighet for den nasjonale reguleringsmyndigheten beskrives nærmere i punkt 1.4.

1.3 Tidligere konstitusjonelle vurderinger i forbindelse med tredje energimarkedspakke

OED har tidligere innhentet to vurderinger fra Lovavdelingen om konstitusjonelle spørsmål i forbindelse med innlemmelse i EØS-avtalen av forordning (EF) nr. 713/2009 om opprettelse av et byrå for samarbeid mellom energireguleringsmyndigheter (ACER-forordningen) og en vurdering om opplysningsplikt etter forordning (EF) nr. 714/2009 om grensekryssende krafthandel og enkelte andre rettsakter, samt Kommisjonens bøteleggingskompetanse etter forordningen artikkel 22 nr. 2.

I brev 21. januar 2011 (snr. 2010/8085) kommenterte vi enkelte sider ved byråets vedtakskompetanse etter ACER-forordningen artikkel 7 til 9. Vi viste til at det var uklart hvorvidt vedtakene etter artikkel 7 og 8 var rettet direkte mot private eller mot nasjonale myndigheter, og at svaret ville få betydning for den konstitusjonelle vurderingen.

Det ble anbefalt å søke nærmere avklaring på innholdet i vedtakskompetansen i samtaler med Kommisjonen.

ACERs vedtakskompetanse etter ACER-forordningen ble på nytt vurdert av Lovavdelingen i brev 25. april 2016 (JDLOV-2016-2442-1) med utgangspunkt i følgende forslag til tilpasningstekst:

«The provisions concerning binding decisions of the Agency, as referred to in Articles 7, 8 and 9, shall be replaced by the following provisions in cases involving an EFTA state:

- (i) In cases involving one or more EFTA States the EFTA Surveillance Authority shall adopt a decision addressed to the national regulatory authorities of the concerned EFTA State(s).
- (ii) ...»

Vi uttalte da at tilpasningsteksten innebærer at i situasjoner hvor ACER treffer vedtak på EU-siden, skal ESA treffe vedtak i EFTA-pilaren og disse skal rettes mot nasjonale myndigheter. På den bakgrunn konkluderte vi med at «vedtakene ikke vil ha noen direkte internrettslig virkning, noe som betyr at det ikke foreligger en myndighetsoverføring i Grunnlovens forstand». Samme tilpasningstekst er inntatt i EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017.

I tillegg til spørsmålene knyttet til ACER-forordningen har Lovavdelingen tidligere også vurdert konstitusjonelle sider av bestemmelsene om utlevering av informasjon til EFTAs overvåkningsorgan og tilhørende sanksjonsbestemmelser. I Prop. 4 S (2017–2018) blir Stortinget bedt om å samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017, og spørsmålet om myndighetsoverføring må derfor vurderes samlet for alle rettsaktene i tredje energimarkedspakke. Det er redegjort for hovedinnholdet i sistnevnte uttalelse i Prop. 4 S (2017-2018) punkt 5. Når det gjaldt bestemmelsene om opplysningsplikt, både under forordning (EF) nr. 714/2009 og andre rettsakter under tredje energimarkedspakke, viser proposisjonen til følgende:

«Lovavdelingen la til grunn at myndighet til å be om opplysninger kunne overføres til EFTAs overvåkningsorgan med Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd. Lovavdelingen vurderte også andre bestemmelser i tredje energimarkedspakke som gir Kommisjonen mulighet til å innhente opplysninger direkte fra markedsaktørene. Det gjelder forordning (EF) 715/2009 artikkel 3 nr. 3 og artikkel 20, direktiv 2009/73/EF artikkel 10 nr. 7 og artikkel 44 nr. 1 og direktiv 2009/72/EF artikkel 10 nr. 7 og artikkel 40 nr. 1.»

Manglende etterlevelse av opplysningspliktene kan i enkelte tilfeller føre til overtredelsesgebyr etter artikkel 22 i forordning (EF) nr. 714/2009. I tråd med EØS-tilpasningene til regelverket vil det være ESA (ikke Kommisjonen) som kan fatte vedtak overfor foretak i Norge. Ved vår vurdering av disse bestemmelsene la vi vekt på at reglene erstattet bestemmelser i forordning (EF) nr. 1228/2003, og at vi tidligere (JDLOV-2004-5639) hadde kommet til at innlemmelse av disse kunne skje med Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd. Myndighet til å innhente informasjon ble ansett som «lite inngripende», og for overføring av kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr kom vi ««under tvil» til samme konklusjon». I Prop. 4 S (2017-2018) punkt 5 vises det blant annet til følgende:

«Lovavdelingen vurderte om kompetansen til å ilegge bøter ved overtredelse av opplysningsforpliktelser etter forordning (EF) 714/2009 artikkel 22 nr. 2 kan overføres til EFTAs overvåkningsorgan i medhold av Grunnloven § 26 annet ledd. Lovavdelingen viste til at den aktuelle bestemmelsen har en ordlyd som er tilnærmet identisk med artikkel 12 nr. 2 i forordning (EF) 1228/2003. Til forskjell fra de bestemmelser som dannet grunnlaget for vurderingen i 2004, viser Lovavdelingen til at de underliggende opplysningspliktene er gitt en svært begrenset utvidelse i den nye forordningen. Lovavdelingen anså at spørsmålet om bøteleggingskompetanse må vurderes på samme måte som i 2004. Lovavdelingen kom til at bøteleggingskompetansen etter forordningen kan overføres til EFTAs overvåkningsorgan med Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd.»

1.4 Omtale av regelverk av betydning for saken her

Vi finner grunn til å gjengi i noe detalj de delene av regelverket i tredje energimarkedspakke som danner utgangspunktet for henvendelsen fra OED. Det gjelder for det første kravet til uavhengighet for den nasjonale reguleringsmyndigheten. I tillegg gis en beskrivelse av de påleggene ESA kan rette mot den uavhengige reguleringsmyndigheten og som denne plikter å gjennomføre. I tredje elmarkedsdirektiv og tredje gassmarkedsdirektiv oppstilles det krav til de nasjonale reguleringsmyndighetenes uavhengighet, jf. omtale i Prop. 4 S (2017–2018) henholdsvis punkt 3.1.10 og 3.2.8. De aktuelle reglene i de to direktivene er i all hovedsak sammenfallende, og det tas i det følgende utgangspunkt i tredje elmarkedsdirektiv. Etter direktivet artikkel 35 nr. 1 skal hver medlemsstat utpeke en nasjonal reguleringsmyndighet på nasjonalt plan. Etter artikkel 35 nr. 4 skal medlemsstatene sikre reguleringsmyndighetens uavhengighet og at den utøver sin myndighet på en upartisk og åpen måte. For å ivareta disse hensynene oppstiller bestemmelsen krav om at reguleringsmyndigheten er juridisk atskilt og funksjonelt uavhengig av ethvert annet offentlig eller privat foretak («entity»), at ansatte og personer som har ledelsesansvar opptrer uavhengig av enhver markedsinteresse, og «ikke søker eller mottar direkte instruksjoner fra noen regjering eller noe offentlig eller privat organ i utførelsen av sine reguleringsoppgaver. Dette kravet er ikke til hinder for et nært samarbeid med andre relevante nasjonale myndigheter der det er aktuelt, eller for generelle politiske retningslinjer utstedt av en regjering og som ikke vedrører reguleringsmyndighetens myndighet og oppgaver i henhold til artikkel 37.»

I artikkel 35 nr. 5 angis i konkrete tiltak som skal sikre uavhengighet.

I tråd med bestemmelsen skal medlemsstatene sikre at reguleringsmyndigheten ikke instrueres i utøvelsen av sine reguleringsoppgaver, se artikkel 35 nr. 4 bokstav b nr. ii. Reguleringsmyndighetens oppgaver og myndighet følger av artikkel 37. Særlig relevant i denne sammenheng er artikkel 37 nr. 1 bokstav d, som viser til at reguleringsmyndigheten skal «overholde og gjennomføre alle relevante juridisk bindende beslutninger fra Byrådet og Kommisjonen». I EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 artikkel 1 nr. 2 bokstav g er bestemmelsen tilpasset ved at «ordet «Byrådet» erstattes med ordene «EFTAs overvåkningsorgan»». Artikkel 37 nr. 4 pålegger medlemstatene å sørge for at reguleringsmyndigheten gis myndighet til å utføre

oppgaver nevnt i blant annet artikkel 37 nr. 1 på en rask og effektiv måte og sikre at reguleringsmyndighetene har nødvendig grunnlag i nasjonal rett til å «treffe beslutninger som er bindende for elektrisitetsforetak», jf. artikkel 37 nr. 4 bokstav a. Reguleringsmyndigheten skal også ha myndighet til å pålegge elektrisitetsforetak sanksjoner, herunder overtredelsesgebyr på inntil 10 % av årsomsetning dersom de «ikke oppfyller sine forpliktelser i henhold til dette direktiv eller eventuelle juridisk bindende beslutninger truffet av reguleringsmyndigheten eller byrået», jf. artikkel 37 nr. 4 bokstav d.

Som nevnt innledningsvis følger det av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 artikkel 1 nr. 5 bokstav d i) at bestemmelser om bindende beslutninger fra ACER etter ACER-forordningen artikkel 7 til 9 skal tilpasses slik: «I saker som involverer en eller flere EFTA-stater, skal EFTAs overvåkingsorgan gjøre et vedtak rettet til nasjonale reguleringsmyndigheter i den berørte EFTA-staten/de berørte EFTA-statene». Tilpasningsteksten omtales i Prop. 4 S (2017-2018) punkt 4.6.

Det nærmere innholdet i de aktuelle bestemmelsene i forordningen beskrives slik i Prop. 4 S (2017–2018) punkt 4.7:

«Etter forordning (EF) 713/2009 kan ACER på nærmere vilkår fatte bindende vedtak, jf. artiklene 7, 8 og 9. I artikkel 9 er det krysshenvisning til to tilsvarende bestemmelser i direktiv 2009/73/EF (tredje gassmarkedsdirektiv) og forordning (EF) 714/2009 (om grensekryssende krafthandel), som også gir ACER vedtakskompetanse. Byrået har vedtaksmyndighet på visse saksområder som involverer flere regulatorer.

Vedtaksmyndigheten omfatter tekniske spørsmål i den grad dette er hjemlet i direktiver og forordninger i energimarkedspakken, jf. artikkel 7. Videre omfattes regulatoriske forhold som faller innenfor kompetansen til nasjonale reguleringsmyndigheter, dersom disse ikke er kommet til enighet innen en frist på seks måneder eller dersom de i fellesskap ber om det. De regulatoriske forholdene kan omfatte vilkår og betingelser for tilgang til, eller operasjonell sikkerhet ved, grensekryssende infrastruktur, jf. artikkel 8. Etter artikkel 9 har ACER vedtaksmyndighet dersom reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet innen seks måneder, eller i fellesskap ber om det, når det gjelder deres behandling av søknad om visse unntak for nye utenlandsforbindelser etter forordningen om grensekryssende krafthandel og etter gassmarkedsdirektivet.»

ACER-forordningen artikkel 7 nr. 1 gir ingen selvstendig vedtakskompetanse, men viser til at byrået kan fatte bindende vedtak med hjemmel i andre rettsakter i tredje energimarkedspakke.

Artikkel 8 gir ACER kompetanse til å fatte bindende vedtak i saker som faller innenfor de nasjonale reguleringsmyndighetenes kompetanse. Det kan omfatte vilkår og forutsetninger for tilgang til, eller operasjonell sikkerhet ved grensekryssende infrastruktur. Et tilleggsvilkår er at det må foreligge uenighet mellom berørte nasjonale reguleringsmyndigheter, eller en felles anmodning fra disse. OED viser i sitt brev til at «[i] praksis vil denne bestemmelsen først og fremst få anvendelse ved uenighet mellom nasjonale reguleringsmyndigheter når disse fatter vedtak i tråd med prosesser under nettkodene.» Om det nærmere innholdet i vedtakene viser OED til følgende:

«ACERs vedtak kan for eksempel dreie seg om uenighet om metoder i utøvelsen av systemansvaret eller operatøren av transmisjonssystemets (TSOens) metoder for å tildele kapasitet i kraftnettet, eller for håndtering av flaskehalser i nettet som begrenser grensekryssende krafthandel. Så langt har ACER fattet seks vedtak i henhold til nettkoder som er vedtatt i medhold av den tredje energimarkedspakken. I flere av nettkodene er det vist til ACER-forordningen artikkel 8 som grunnlag for vedtak hos ACER. Vedtakene er offentliggjort på ACER sine hjemmesider.»

Etter hva vi forstår er det vedtatt åtte såkalte nettkoder og bindende retningslinjer i form av kommisjonsforordninger i medhold av forordning (EF) nr. 714/2009 artikkel 6 (nettkoder) og artikkel 18 (retningslinjer). Disse rettsaktene er ikke en del av tredje energimarkedspakke som omhandlet i Prop. 4 S (2017–2018). De oppgavene for ACER som OED her viser til vil følge av utfyllende regler i form av forordninger som eventuelt vil bli innlemmet i EØS-avtalen på vanlig måte. Vi begrenser oss derfor nå til å se på de spørsmålene i henvendelsen fra OED som knytter seg til rettsakter dekket av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 og Prop. 4 S (2017–2018).

Vedtakskompetansen etter artikkel 9 er beskrevet slik i henvendelsen fra OED:

«Etter ACER-forordningen artikkel 9 (med videre henvisning) har ACER vedtaksmyndighet i saker ved uenighet mellom energireguleringsmyndighetene om behandlingen av søknad om unntak for nye utlandsforbindelser. Departementet har lagt til grunn at kompetansen til å fatte slike vedtak skal ligge hos departementet, som det er åpnet for i forordning 714/2009 artikkel 17 nr. 6. Etter hva departementet kjenner til, er denne muligheten også benyttet i andre EU-land. På den bakgrunn antas ikke myndigheten etter ACER-forordningen artikkel 9 å ha praktisk betydning for eventuelle saker i Norge. Dette er omtalt i Prop. 5 L (2017-2018) punkt 3.5.4.»

Avslutningsvis nevner vi også prosedyren for vurdering av om nasjonale reguleringsmyndigheters vedtak er i samsvar med retningslinjer, jf. tredje elmarkedsdirektiv artikkel 39 og tilsvarende i tredje gassmarkedsdirektiv artikkel 43. I bestemmelsenes første ledd vises det til at «[e]nhver reguleringsmyndighet og Kommisjonen kan anmode om en uttalelse fra Byrådet om hvorvidt en beslutning truffet av en reguleringsmyndighet er i samsvar med retningslinjene nevnt i dette direktiv eller forordning (EF) nr. 714/2009.» Slik bestemmelsene er bygget opp vil denne prosessen kunne ende med at Kommisjonen krever «at reguleringsmyndigheten trekker sin beslutning tilbake med den begrunnelse at retningslinjene ikke er overholdt». Det er ikke gjort tilpasninger i bestemmelsen, men vi forstår OED slik, jf. også henvisning under punkt 4.3 i Prop. 4 S (2017–2018), at de alminnelige prinsippene om gjennomgående tilpasninger i EØS-avtalens protokoll 1 artikkel 4 får anvendelse. Det innebærer at «funksjoner som Kommisjonen utfører i forbindelse med fremgangsmåter for verifikasjon eller godkjenning, informasjon, underretning eller rådspørring og lignende saker, for EØS/EFTA-statene skal utøves i samsvar med fremgangsmåter som er fastsatt mellom dem». I tråd med dette skal vedtaksmyndigheten etter de ovennevnte bestemmelsene ligge hos ESA i saker som involverer reguleringsmyndigheten i en EFTA-stat.

2. Grunnloven § 115

2.1 Innledning

Vurderingen av de konstitusjonelle sidene ved at ESA gis myndighet til å treffe vedtak om hvordan et nasjonalt forvaltningsorgan på lavere nivå skal utøve sin myndighet overfor private, reiser i første omgang spørsmål om den rettslige karakteren av de vedtakene ESA kan treffe, nærmere bestemt om vedtakenes folkerettslige og internrettslige virkninger. Det naturlige er derfor å ta Grunnloven § 115 som utgangspunkt for drøftelsen, siden den bestemmelsen nettopp tillegger skillet mellom folkerettslig og internrettslig virkning betydning.

Grunnloven § 115 lyder:

«For å sikre den internasjonale fred og sikkerhet eller fremme internasjonal rettsorden og samarbeid kan Stortinget med tre fjerdedels flertall samtykke i at en internasjonal sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter seg til, på et saklig begrenset område skal ha rett til å utøve beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter, dog ikke beføyelse til å forandre denne Grunnlov. Når Stortinget skal gi sitt samtykke, bør, som ved behandling av grunnlovsforslag, minst to tredjedeler av dets medlemmer være til stede.

Bestemmelsene i denne paragraf gjelder ikke ved deltagelse i en internasjonal sammenslutning hvis beslutninger bare har rent folkerettslig virkning for Norge.»

2.2 § 115 første ledd – «rett til å utøve beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter»

Grunnloven § 115 første ledd gjelder som utgangspunkt ved overføring til en internasjonal organisasjon av «beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter». Ordlyden i første ledd omfatter også myndigheten som etter Grunnloven § 26 ligger til Kongen, eventuelt med Stortingets medvirkning (jf. Grunnloven § 26 annet ledd), til å binde Norge folkerettslig, samt den myndigheten Kongen etter Grunnloven § 3 har til å lede statsapparatet (jf. for så vidt St.prp. nr. 100 (1991–92) side 336).

Opsahl peker i Dokument nr. 10 (1966–67) side 22 på at den nevnte formuleringen, selv om den «særlig [tar] sikte på myndighet med direkte i n t e r n r e t t s l i g virkning, innen lovgivning, forvaltning og rettspleie», så må den etter Opsahls skjønn «også gjelde utøvelse av t r a k t a t m y n d i g h e t, tross ordlyden i § 93, annet ledd, som har en noe uklar rekkevidde». Det er uklart om han mener Stortinget *kan* anvende Grunnloven § 115 i slike tilfeller, eller om det *må* anvende § 115, og hvor langt Grunnloven § 26 alternativt kan anvendes. Vi viser også til punkt 2.3.

Vi nevner for fullstendighetens skyld at overføring av myndighet til å binde staten folkerettslig noen ganger regnes for å falle utenfor begrepet «myndighetsoverføring», eventuelt holdes utenfor ved å peke på at det da ikke dreier seg om myndighetsoverføring «i Grunnlovens forstand». En slik begrepsbruk og terminologi har sin bakgrunn i det skillet mellom folkerettslig og direkte virkning som er omtalt i punkt 2.3 og punkt 2.4. Ut fra oppbyggingen av Grunnloven § 115 første ledd med avgrensningen i annet ledd synes det imidlertid mest hensiktsmessig at begrepet «myndighetsoverføring» i utgangspunktet omfatter også overføring av myndighet til å binde staten folkerettslig, så lenge en er klar over at slike tilfeller

rettslig sett behandles annerledes enn overføring av myndighet til å treffe vedtak med direkte virkning i Norge. Vi nevner endelig at vi i uttalelsen her veksler mellom å tale om «myndighet» og «kompetanse», uten at vi med dette tilsikter noen realitetsforskjell.

2.3 § 115 annet ledd – unntaket for «deltagelse i en internasjonal sammenslutning hvis beslutninger bare har rent folkerettslig virkning for Norge»

Etter Grunnloven § 115 annet ledd «gjelder ikke» paragrafen «ved deltagelse i en internasjonal sammenslutning hvis beslutninger bare har rent folkerettslig virkning for Norge».

En bestemmelse lik Grunnloven § 115 annet ledd fantes ikke i de forslagene om ny § 93 som ble fremmet i 1952 (Dokument 11:17 (1952)) og 1956 (Dokument 17:7 (1956)). Disse forslagene ble forkastet i 1956 og 1960, se nærmere Innst. S. nr. 185 (1956) og Innst. S. nr. 302 (1959–60), jf. Innst. S. nr. 292 (1959–60).

Forslag om en bestemmelse som svarer til Grunnloven § 115 annet ledd var tatt inn i ett av de tre hovedalternativene til ny § 93 (hovedalternativ A) i Dokument 13:10 (1959–60). Grunnlovsforslagene ble fremsatt uten noen begrunnelse. Heller ikke Dokument nr. 3 (1961–62) bringer klarhet om rekkevidden av bestemmelsen. Visse utsagn fra komitémedlemmet Braadland i Innst. S. nr. 100 (1961–62) på side 141, sammenholdt med utsagn i St.tid. (1962) side 2229–2230 samt side 2366 (Braadland), side 2260 (Lyng), side 2271 (statsråd Gundersen) og side 2307 (statsråd Haugland) tyder på følgende forståelse av bestemmelsen: For overføring av myndighet til en internasjonal organisasjon til å binde Norge folkerettslig, medfører § 115 annet ledd at slike tilfeller som utgangspunkt faller utenfor paragrafen. Spørsmålet om Norge kan inngå traktat om overføring av slik myndighet med grunnlag i Grunnloven § 26, må avgjøres med utgangspunkt i den praksis Stortinget har ført i tiden før 1962, se særlig Lyngs uttalelser i St.tid. (1962) side 2260. Det kan ut fra dette tenkes situasjoner der Grunnloven § 26 antas ikke å gi tilstrekkelig hjemmel til å overføre til den internasjonale organisasjonen myndighet til å binde Norge folkerettslig. I slike tilfeller kan det være et spørsmål om Grunnloven § 115, med sitt krav om $\frac{3}{4}$ flertall, i alle fall i noen tilfeller, likevel kan nyttes til å åpne for å inngå traktaten; her viser vi til statsråd Gundersens resonnement i St.tid. (1962) side 2271. Vi kommer tilbake til spørsmålet om overføring av myndighet til å binde Norge folkerettslig i punkt 2.4.

At en beslutning «bare har rent folkerettslig virkning for Norge» regnes å stå som en motsetning til beslutninger som har direkte virkning i Norge (noen ganger også omtalt som «direkte internrettslig virkning» eller bare «direkte virkning»). Dette skillet har, med sikte på anvendelsen av Grunnloven § 115, klar støtte i forarbeidene til grunnlovsbestemmelsen, og dessuten i senere praksis.

Om dette skillet mellom direkte virkning og folkerettslig virkning heter det i St.prp. nr. 50 (1998–99) punkt 4.3.2 (side 36):

«...Et vedtak truffet av et internasjonalt organ (eller et organ for en annen stat) har *direkte virkning* dersom det gjelder umiddelbart i norsk intern rett, dvs uten hensyn til om det ved lov eller på annen måte

er gjennomført i norsk intern rett av norske statsorganer. Hvis det ikke har slik umiddelbar virkning i norsk rett, har det heller ikke direkte virkning. Vedtaket vil da i stedet bare kunne ha *folkerettslig virkning* i forhold til Norge.

Skillet bygger på prinsippet om *dualisme*, som innebærer at folkerettslige regler og vedtak må gjennomføres i norsk rett av norske statsorganer for å få rettslig virkning internt i Norge. Dersom det oppstår en kollisjon mellom en folkerettslig regel og det som er norsk rett, må en norsk domstol ifølge dette prinsippet gi den norske regelen forrang.

I utgangspunktet er skillet mellom direkte og folkerettslig virkning klart nok. Både formelt og reelt kan det være grunn til å holde fast ved dette skillet, jf f eks *Andenæs* i Dok nr 3 (1961–62) s 13 ...»

Det finnes en rekke utsagn i forarbeidene til Grunnloven § 115 som viser at en, i alle fall i første rekke, så for seg at paragrafen skulle få anvendelse på tilfeller der det ble overført myndighet til å treffe vedtak med direkte virkning *for (norske) borgere og bedrifter*.

Illustrerende er utsagn i utenriks- og konstitusjonskomiteens innstilling da den i 1960 behandlet foreliggende forslag om ny § 93 i Grunnloven (Dokument nr. 17:7 (1956)). Komiteen ga forslagene følgende omtale, jf. Innst. S. nr. 292 (1959–60) side 610:

«Myndighetsoverføringen vil kunne være av lovgivende, utøvende eller dømmende art. Den vil medføre at en internasjonal organisasjon – innen de grenser den blir tillagt myndighet – vil kunne opptre med rettslig bindende virkning direkte overfor norske borgere, mens de kompetente norske statsorganer vil få sin myndighet tilsvarende begrenset. Norge har i flere tilfelle inngått traktater som gir organene for en internasjonal organisasjon fullmakt til å treffe vedtak som binder Norge folkerettslig og derfor forplikter de norske statsmyndigheter til å gjennomføre de nødvendige interne iverksettelsestiltak. Derimot har Norge hittil ikke inngått noen traktat som tillegger en internasjonal organisasjon umiddelbar myndighet til å opptre med rettslig bindende virkning overfor norske borgere uten mulighet for kontroll av norske statsmyndigheter.»

Som nevnt ble ingen av forslagene vedtatt i 1960. Tilsvarende utsagn som det siterte finnes i Innst. S. nr. 185 (1956) på side 464, som i 1956 dannet grunnlag for Stortingets behandling av Dokument 11:17 (1952). Det går en direkte linje fra de ikke-vedtatte forslagene og til det som ble vedtatt i 1962. Ut over dette finnes det under stortingsdebatten om vedtakelse av grunnlovsbestemmelsen (St.tid. (1962) side 2171–2385) en rekke utsagn av lignende art. Vi viser også til de etterfølgende uttalelsene i Innst. S. nr. 149 (1962–63), som er gjengitt i punkt 3.6.

I Dokument nr. 10 (1966–67) side 6 uttrykte Castberg seg slik om den nylig vedtatte grunnlovsbestemmelsen:

«Det er bare beføyelser direkte overfor borgerne paragrafen skal gjelde. Det er disse problemer man har for øye. Dette bør fremgå av teksten. ...»

Det førte til Castberg anbefalte følgende (om)formulering av grunnlovsbestemmelsen:

«... at udøve visse Beføielser, med bindende Virkning direkte for norske Borgere og i Norge hjemmehørende Personer.»

Castbergs standpunkt, slik det her er gjengitt, kom opprinnelig til uttrykk i et P.M., datert 18. oktober 1956, til formannen i Stortingets utenrikskomité, jf. opplysningen om dette i Dokument nr. 10 (1966–67) side 2.

Det kan ut fra dette spørres om en, til tross for ordlyden i Grunnloven § 115 første ledd, må avgrense paragrafens virkeområde til å gjelde overføring av myndighet til å treffe vedtak (og utføre andre myndighetshandlinger) som har direkte virkning overfor private.

Det er trolig dekkende å si at kjerneområdet for anvendelse av Grunnloven § 115 er tilfeller der et internasjonalt organ gis myndighet til å skape rettigheter og plikter for statens borgere direkte (uten statens mellomkomst), slik Hartig Danielsen, Suverenitetsavgivelse (1999) side 66 uttaler med sikte på den danske grundloven § 20. Det er imidlertid ikke grunnlag for generelt å unnta fra virkeområdet til Grunnloven § 115 myndighetsoverføringer som ikke dreier seg om å utøve myndighet med direkte internrettslig virkning overfor private. Vi kommer tilbake til dette i punkt 2.5.

2.4. Internasjonale organisasjoners vedtak rettet mot norske forvaltningsorganer – når har de «bare ... rent folkerettslig virkning»?

2.4.1 Innledning

I Lovavdelingens uttalelse 25. april 2016 (JDLOV-2016-2442-1) ble det lagt til grunn at ESAs vedtak, siden de kun var rettet mot statlige myndigheter, ikke ville ha noen direkte internrettslig virkning. Underforstått ville slike vedtak kun ha folkerettslig virkning (for Norge). Uttalelsen bygget på at traktater som kun overfører myndighet til å binde Norge folkerettslig, normalt kan inngås av Kongen etter Grunnloven § 26 med Stortingets samtykke (med alminnelig flertall) etter Grunnloven § 26 annet ledd.

I det følgende vil vi utdype vårt standpunkt. Vi kommer tilbake til ESAs vedtak i punkt 2.4.3, men finner grunn til å gå noe mer generelt inn på spørsmålet om når vedtak fra internasjonale organisasjoner som er rettet mot norske statlige forvaltningsorganer, kan sies å ha «bare ... rent folkerettslig virkning».

Spørsmålet om hva som rettslig menes med at en internasjonal organisasjons beslutninger «bare har rent folkerettslig virkning for Norge», må klarlegges ut fra norsk metodelære.

Vi begrenser drøftelsen til å gjelde folkerettslige forpliktelser som – korrekt oppfylt – er ment å skape rettigheter eller plikter for private, men som formelt er rettet til norske myndigheter (forvaltningen).

Ordlyden i Grunnloven § 115 annet ledd, gjennom uttrykkene «bare» og «rent», synes isolert å legge opp til en streng begrensning av når et vedtak fra en internasjonal organisasjon er omfattet av unntaket i § 115 annet ledd, men andre kilder gir ikke holdepunkter for en særlig streng forståelse. Dette kommer vi tilbake til.

Vurderingen av om vedtakene fra en internasjonal organisasjon er begrenset til å ha folkerettslig virkning, må ta utgangspunkt i den kompetansen det besluttende internasjonale organet er tildelt. I prinsippet må kompetansen holde seg innenfor rammen av det ratifikasjonssamtykket (eller tilsvarende) som for Norges del danner grunnlag for at organisasjonen, gjennom sine vedtak, kan binde Norge. Som del av vurderingen må en se på hvilke rettsvirkninger vedtakene fra den internasjonale organisasjonen utløser i det interne norske rettssystemet.

2.4.2 Vedtak rettet mot forvaltningen – «bare ... rent folkerettslig virkning»?

Saken her reiser spørsmål om det konstitusjonelt har noen betydning om vedtak fra internasjonale organisasjoner rettes mot bestemte forvaltningsorganer innen statsapparatet, og videre om det har noen betydning at slike forvaltningsorganer har en uavhengig stilling overfor Kongen.

I brev 21. januar 2011 (snr. 2010/8085) til Olje- og energidepartementet uttalte vi:

«Vedtak rettet utelukkende mot norske myndigheter medfører normalt bare en folkerettslig binding om å følge det opp i intern rett. Det vil da i prinsippet ikke være tale om myndighetsavståelse i Grunnlovens forstand. Dette må være utgangspunktet, også om Norge vil være folkerettslig forpliktet til å treffe et tilsvarende vedtak. I St.prp. nr. 100 (1991–92) side 337 uttales at det er en avgjørende forskjell på å være herre over det siste, avgjørende skritt som er nødvendig for å skape nye forpliktelser for landets borgere, og å gi slipp på denne «kontrollmuligheten».»

Vi anser fortsatt dette som dekkende.

Selv om det etter norsk statsrett består en dualisme mellom den interne rettsorden og folkeretten (jf. punkt 2.3), kan folkeretten alltid sies å ha visse «virkninger» i intern norsk rett. Det gjelder selv uten særskilt gjennomføring; det er ikke «vanntette skott» mellom folkeretten og norsk intern rett. Oppgaven blir å finne ut hva som skal til for at en folkerettslig forpliktelse som ikke er gjennomført særskilt, ikke lenger «bare har rent folkerettslig virkning for Norge». Det må etter vårt syn skilles mellom slike virkninger som i det norske statsrettslige systemet normalt følger av at Norge har påtatt seg en folkerettslig forpliktelse, og virkninger som går ut over dette. Konkrete forhold kan imidlertid – uavhengig av om forpliktelsen er rettet til overordnede eller underordnede myndigheter – føre til at den internasjonale organisasjonen ut fra sitt kompetansegrunnlag kan treffe vedtak som har virkning ut over de rent folkerettslige.

I EØS-retten, slik den er gjennomført i norsk rett, finnes det mekanismer, ut over dem som mer allment gjelder for forholdet mellom folkeretten og norsk rett, som bidrar til å gi EØS-retten relativt sterkt gjennomslag i norsk rett, selv uten særskilt gjennomføring.

Også med sikte på EØS-retten må en etter vårt syn bygge på at ny EØS-rett som skaper plikter for Norge, som den helt klare hovedregel må regnes å ha bare rent folkerettslig virkning. Etter EØS-avtalen artikkel 104 blir beslutninger truffet av EØS-komiteen kun «bindende for avtalepartene ved ikrafttreddelsen [...], og avtalepartene skal ta de nødvendige skritt for å sikre at de blir gjennomført og anvendt». Forarbeidene til lov 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven) bygger klart nok også på det grunnsyn at EØS-avtalens forpliktelser, frem til gjennomføring skjer internt, bare er av folkerettslig karakter, se f.eks. Ot.prp. nr. 79 (1991–92) side 3. Det må i utgangspunktet også gjelde for rettsakter som senere innlemmes i avtalen og som retter seg mot EFTA-siden i samarbeidet. Det gjelder selv om det samtidig, på bakgrunn av Rt. 1982 side 241, ble gitt uttrykk for at «forvaltningsvedtak som er i strid med Norges folkerettslige forpliktelser, kan bli kjent ugyldige uten hensyn til om de folkerettslige forpliktelser er gjort til norsk lov eller forskrift, og selv om forvaltningsvedtaket er i overensstemmelse med øvrige lover og forskrifter som finnes», jf. Ot.prp. nr. 79 (1991–92) side 4. EØS-avtalens karakter av folkerettslige forpliktelser som krever nasjonal gjennomføring, er en grunnleggende premiss for Norges del for EØS-samarbeidet, og dette gjennomsyrrer de stortingsdokumentene som ligger til grunn for og gjennomfører EØS-avtalen.

Tradisjonelt vil de fleste folkerettslige forpliktelser være rettet mot statens øverste organer.

Vedtak fra et internasjonalt organ som retter seg mot Norge, kan imidlertid være utformet slik at vedtakets oppfyllelse i praksis krever tiltak fra forvaltningsorganer på lavere nivå. I noen tilfeller kan dessuten pliktene være adressert direkte mot norske forvaltningsorganer på lavere nivå. Om den ene eller andre formen velges, kan bero på tilfeldigheter. Det er i dag sikker rett at disse organene har plikt til å etterleve den folkerettslige forpliktelsen, uavhengig av hvor i forvaltningshierarkiet de befinner seg. Denne plikten kan sies å ha statsrettslig, og dermed internrettslig, grunnlag. Dette korresponderer med det folkerettslige utgangspunktet om at det er staten som er plikt- og ansvarssubjekt, og at staten har ansvar for handlingene til alle statens organer. Det faktum at pliktene er adressert til et forvaltningsorgan på lavere nivå, fratar dem etter vårt syn ikke deres karakter av at de «bare har rent folkerettslig virkning».

I eldre statsrettslig litteratur kan en riktignok finne spor av at underordnede forvaltningsmyndigheter ikke uten videre var bundet av statens folkerettslige forpliktelser, men at det krevdes et særskilt pålegg (fra Kongen) for å etterleve den folkerettslige forpliktelsen, jf. f.eks. Aschehoug, Norges nuværende statsforfatning, bind II (2. utg. 1892) side 519–520. Et slikt syn kan imidlertid ikke opprettholdes i dag.

Det kan etter vårt syn ikke uten videre gjøre noen forskjell at plikten til å etterleve en folkerettslig forpliktelse er kommet til særskilt uttrykk i norsk intern rett, f.eks. i en lovbestemmelse. Det er i tilfelle bare et ytterligere internrettslig grunnlag for den statsrettslige plikten som er omtalt foran. Vi har – med sikte på forståelsen av

Grunnloven § 115 annet ledd – vanskelig for å se at en lovfesting av plikten til å følge en folkerettslig forpliktelse, skulle reise noe spørsmål om myndighetsoverføring.

Det kan endelig spørres om lovfesting av en uavhengighet for det forvaltningsorganet som pålegget fra det internasjonale organet er rettet mot, endrer virkningene i intern rett av organets vedtak. Vi kan ikke se at det er tilfellet. Den grunnleggende virkningen av pålegget i seg selv er den samme, uten hensyn til om det organet som mottar pålegget, er uavhengig av Kongen eller ikke. Et spørsmål for seg er imidlertid forholdet til Grunnloven § 3, som vi kommer tilbake til i punkt 2.5.

Disse utgangspunktene utelukker som nevnt ikke at pålegg fra et internasjonalt organ, hvor pålegget er rettet mot forvaltningen, men hvor pålegget – korrekt oppfylt – er ment å skape rettigheter eller plikter for private, etter en konkret vurdering, selv uten særskilt gjennomføring, kan sies å ha mer enn «bare ... rent folkerettslig virkning».

2.4.3 Nærmere om ESAs vedtak rettet til nasjonal reguleringsmyndighet (RME)

Vi vil nå se konkret på om de påleggene ESA kan rette mot RME, «bare har rent folkerettslig virkning for Norge», eller om de har virkninger ut over dette.

Etter vårt syn er det i seg selv et vesentlig poeng at ESAs vedtak, ifølge tilpasningsteksten, skal være «rettet til nasjonale reguleringsmyndigheter i den berørte EFTA-staten/de berørte EFTA-statene».

Denne formuleringen av ESAs kompetanse må ses i sammenheng med EØS-avtalens system, som vi har berørt foran.

Bestemmelsen om ESAs kompetanse overfor nasjonale reguleringsmyndigheter avviker fra det som i utgangspunktet skulle gjelde etter forordning (EF) nr. 713/2009, som gir anledning til å rette vedtak også mot private. Formålet med tilpasningen har vært å sikre at vedtakene ikke gis noe mer enn folkerettslig virkning, nettopp for å ivareta konstitusjonelle hensyn. Tilnærmingen bygger på at den dualismen som gjelder i forholdet mellom folkeretten og norsk rett, også skal ivaretas for denne delen av EØS-avtalen, i samsvar med det utgangspunktet som i alminnelighet gjelder. Vi må bygge på at dette har fått et adekvat uttrykk i tilpasningsteksten. ESA retter et folkerettslig pålegg til RME, og RME har myndighet til å følge opp vedtak fra ESA internrettslig, jf. f.eks. Prop. 4 S (2017–2018) side 24.

Spørsmålet er om andre forhold innebærer at ESAs pålegg har mer enn «bare ... rent folkerettslig virkning» etter Grunnloven § 115 annet ledd.

Det kan anføres at påleggene fra ESA, i alle fall etter omstendighetene, kan være så detaljerte at pålegget i realiteten er avgjørende for de privates rettsstilling, og at pålegget derfor har mer enn «bare ... rent folkerettslig virkning for Norge». Før RME

har truffet vedtak på grunnlag av den kompetansen organet har etter nasjonal rett, kommer det imidlertid ikke i stand noe gyldig vedtak adressert mot private. I forbindelse med innhenting av Stortingets samtykke til ratifikasjon av EØS-avtalen i 1992 ble det lagt til grunn at en er utenfor Grunnloven § 115 «selv om vedtaket forplikter oss til å gjennomføre intern lovgivning til oppfyllelse av vedtaket, og kanskje foreskriver i detalj hva innholdet i den interne lovgivning skal være», jf. St.prp. nr. 100 (1991–92) side 337. Synspunktet må være dekkende selv om det ikke er tale om lovgivning, men utøving av forvaltningsmyndighet.

Det har, som argument for at det er tale om myndighetsoverføring i saken her, vært pekt på at «bindingsvirkningen av ESAs vedtak vil ... fremgå av EØS-regelverk som vil bli gjort til en del av intern norsk rett» (Haukeland Fredriksen/Holmøyvik, kommentar i Klassekampen, 5. januar 2018). Dette er imidlertid situasjonen også ellers etter EØS-avtalen: Bindingsvirkningen av EØS-komiteens vedtak, som kun har folkerettslige virkninger for Norge, fremgår av hoveddelen av EØS-avtalen artikkel 7, som er gjennomført i norsk rett ved EØS-loven § 1 («Bestemmelsene i hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde skal gjelde som norsk lov, ...»). EØS-avtalen artikkel 104 slår fast utgangspunktet om at beslutninger truffet av EØS-komiteen blir bindende for avtalepartene «som skal ta de nødvendige skritt for å sikre at de blir gjennomført og anvendt».

Vi nevner for fullstendighetens skyld at en i dansk rett har hatt en diskusjon om hvorvidt grundloven § 20, som delvis dannet forbilde for den norske Grunnloven § 93, omfatter tilfeller der en internasjonal organisasjon gir en konkret dansk myndighet bindende instruks. Om den danske debatten viser vi til Spiermann, Anvendelsesområdet for grundlovens § 20 i lyset af nyere lovgivningspraksis, i Henning Koch (red.), Politik og jura, Festskrift til Ole Espersen (2004) side 269–289 på side 280–281, jf. side 289. Spiermann viser til at det har vært ulike syn, men konkluderer med at slike tilfeller faller utenfor. Lovafdelingen i det danske Justitsministeriet har sluttet seg til Spiermanns syn, se f.eks. notat 29. april 2015 om hvorvidt dansk deltagelse i det styrkede banksamarbejde forudsætter anvendelse af proceduren i grundlovens § 20 side 8 flg. Vi finner det imidlertid vanskelig å legge vekt på de standpunktene som er inntatt ved tolkingen av den danske grundloven § 20.

Vi kan etter dette ikke se at det, med sikte på ESAs kompetanse i disse sakene, foreligger konkrete forhold som fører til at ESA treffer vedtak som må sies å ha virkning ut over det rent folkerettslige.

Det foreligger etter dette for så vidt et element av myndighetsoverføring, men det er tale om overføring av myndighet til å treffe vedtak med folkerettslig virkning. Overføring av denne typen myndighet faller i denne saken dermed utenfor Grunnloven § 115, jf. avgrensningen i paragrafens annet ledd. Det må like fullt vurderes om denne myndighetsoverføringen kan aksepteres etter Grunnloven § 26, jf. punkt 3.7.

2.5 Forholdet til Grunnloven § 3

Tredje elmarkedsdirektiv artikkel 35 nr. 4 pålegger medlemsstatene å «sikre at reguleringsmyndigheten, når den utfører reguleringsoppgavene den er gitt i henhold til

dette direktiv og relevant lovgivning ... ikke søker eller mottar direkte instruks fra noen regjering eller noe offentlig eller privat organ i utførelsen av sine reguleringsoppgaver». Det innebærer blant annet at Kongen er avskåret fra å instruere RME «når [RME] utfører reguleringsoppgavene den er gitt i henhold til dette direktiv og relevant lovgivning». Det kan spørres om dette innebærer en overføring av Kongens instruksjonsmyndighet etter Grunnloven § 3 til ESA.

Kongens myndighet etter Grunnloven § 3 er som nevnt i punkt 2.2 omfattet av de «beføyelser som etter denne Grunnlov ... tilligger statens myndigheter», se f.eks. St.prp. nr. 100 (1991–92) side 336.

Det må etter vårt syn antas å gjelde selv for de delene av myndigheten som dreier seg om interne forhold i statsapparatet, til forskjell fra myndighetsutøvelse som er rettet mot private (fysiske eller juridiske personer). Som nevnt i punkt 2.3 er det etter vårt syn ikke grunnlag for generelt å unnta fra virkeområdet til Grunnloven § 115 myndighetsoverføringer som ikke dreier seg om å utøve myndighet med direkte internrettslig virkning overfor private.

Grunnloven § 3 omfatter myndighet for Kongen til å instruere underordnede statsorganer. Denne instruksjonsmyndigheten har – med sikte på spørsmålet som her behandles – i sin *form* visse likhetstrekk med utøving av militær kommandomyndighet etter Grunnloven § 25 første ledd første punktum («Kongen har høyeste befaling over rikets land- og sjømakt.») Fleischer understreker i artikkelen Grunnloven § 93, Jussens venner 1963 side 79–111 på side 81 at denne kommandomyndigheten «i prinsippet er ... av internrettslig, og ikke folkerettslig karakter», selv om det i motsatt retning (av Castberg) var forutsatt at slike direktiver bare er rettet mot statsorganene. Fleischer trekker videre den slutning at «Felleskommandoens beslutninger må derfor sies å ha direkte virkning qua intern norsk rett». Fleischers standpunkt om at myndigheten etter Grunnloven § 25 er av internrettslig karakter, må etter vårt syn legges til grunn også med sikte på Kongens instruksjonsmyndighet etter Grunnloven § 3.

Vi har i punkt 2.4.3 konkludert med at de vedtakene ESA treffer, etter norsk statsrett bare har folkerettslig virkning. Det kan ut fra det anføres at ESAs myndighet av den grunn er av et annet slag enn den Kongen har etter Grunnloven § 3, og at det derfor ikke er tale om myndighetsoverføring til ESA, eventuelt at det ikke ligger noe ytterligere element av myndighetsoverføring enn det som allerede er drøftet i punkt 2.4.

Vi finner spørsmålet tvilsomt, men etter vårt syn er det trolig mest treffende å se det slik at det prinsipielt foreligger et ytterligere element av myndighetsoverføring, knyttet til Grunnloven § 3, ved at ESA gis kompetanse til å treffe pålegg, samtidig som Kongen har plikt til å avstå fra å treffe pålegg om den samme typen spørsmål (jf. tredje elmarkedsdirektiv artikkel 35 nr. 4, slik dette blir gjennomført i norsk rett). Det er videre tale om utøving av en kompetanse av internrettslig art. Dette elementet har

imidlertid, som vi kommer tilbake til, begrenset selvstendig betydning for den konstitusjonelle vurderingen.

3. Grunnloven § 26

3.1 Traktatkompetansen

Grunnloven § 26 lyder:

«Kongen har rett til å innkalle tropper, begynne krig til forsvar av landet og slutte fred, inngå og oppheve forbund, sende og motta sendemenn.

Traktater om saker som er av særlig stor viktighet, og i alle tilfeller traktater hvis iverksettelse etter Grunnloven nødvendiggjør en ny lov eller stortingsbeslutning, blir først bindende når Stortinget har gitt sitt samtykke dertil.»

Myndigheten til å inngå traktater ligger etter Grunnloven § 26 første ledd til Kongen. I visse tilfeller kreves Stortingets samtykke til traktatinngåelse etter § 26 annet ledd.

3.2 Traktatkompetansen er begrenset av Grunnlovens øvrige bestemmelser

Ordlyden i § 26 første ledd begrenser ikke hva Kongen, eventuelt med Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd, kan inngå traktat om. Norske statsorganer er imidlertid i sin myndighetsutøvelse bundet av Grunnloven, også når staten inngår folkerettslige avtaler. Vi viser her til Aschehoug, Norges nuværende Statsforfatning bind II (2. utg. 1892) side 531, Castberg, Norges statsforfatning bind II (3. utg. 1964) side 132 og Andenæs/Fliflet, Statsforfatningen i Norge (11. utg. 2017 side 377). Grunnloven § 26 sier ikke selv noe om at Kongen ved inngåelse av traktater må respektere Grunnlovens øvrige bestemmelser, like lite som for eksempel Grunnloven § 75 bokstav a viser til at Stortinget må respektere Grunnloven ved vedtakelse av lover. Heller ikke med Stortingets samtykke etter § 26 annet ledd er det adgang til å inngå traktater i strid med Grunnloven.

Grensene for statens handlefrihet som finnes i Grunnloven, og som staten må respektere under sin myndighetsutøvelse, er av ulik art. Vi gir ikke noen uttømmende oversikt over bestemmelser som kan utgjøre skranker ved traktatinngåelse, men peker på tre typer begrensninger. For det første inneholder Grunnloven en rekke bestemmelser om menneskerettigheter, i hovedsak samlet i Grunnloven kapittel E. For det andre inneholder Grunnloven ulike bestemmelser som oppretter (konstituerer) de øverste statsorganene og fordeler myndighet til og mellom dem. De mest sentrale av disse kompetansebestemmelsene er Grunnloven §§ 3, 26, 49, 75 og 88 til 90. For det tredje kan det være et spørsmål hvilken selvstendig betydning Grunnloven § 1 i dag har som grense for hva det kan inngås traktat om, eventuelt hvilken rolle bestemmelsen spiller ved tolking av øvrige bestemmelser i Grunnloven når det skal avgjøres hvor langt disse bestemmelsene utgjør skranker for statsmyndighetene ved traktatinngåelse.

Saken her dreier seg, som vi kommer tilbake til, i første rekke om traktatinngåelsens forhold til kompetansebestemmelsene i Grunnloven § 3, som bestemmer at «[d]en utøvende makt er hos kongen ...».

3.3 Nærmere om Grunnlovens kompetansebestemmelser – utgangspunktet

I statspraksis har en bygd på at Grunnloven kan sies å forutsette at myndigheten som den omhandler, i alle fall i utgangspunktet bare kan utøves av norske statsorganer. Dette kommer for eksempel til uttrykk i St. prp. nr. 100 (1991–92) side 336. Dette utgangspunktet gjelder også når det blir spørsmål om staten ved traktat kan binde seg til å overføre myndighet til å utøve lovgivende, forvaltningsmessig eller dømmende myndighet med direkte internrettslig virkning i Norge.

Grunnloven § 115 kan sies å bekrefte utgangspunktet om at lovgivende, utøvende og dømmende myndighet med direkte internrettslig virkning i Norge må utøves av norske statsorganer, ved å oppstille hjemmel for unntak (se punkt 2 foran). Bestemmelsen gir dessuten støtte til synet om at overføring av myndighet til å binde Norge folkerettslig skal behandles på en annen måte, gjennom henvisning i annet ledd til at «[b]estemmelsene i denne paragraf gjelder ikke ved deltagelse i en internasjonal sammenslutning hvis beslutninger bare har rent folkerettslig virkning for Norge». Vi viser også til St.prp. nr. 100 (1991–92) side 336–337.

3.4 Unntaket for «lite inngripende» myndighetsoverføring

Myndighetsoverføring som anses som «lite inngripende», kan etter sikker konstitusjonell praksis likevel skje ved bruk av Grunnloven § 26 (i praksis med Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd). Vi viser særlig til drøftelsene i St.prp. nr. 100 (1991–92) (EØS-avtalen) side 342 med videre henvisninger og St.prp. nr. 50 (1998–99) (Schengen) side 35, og de vedtakene som ble fattet i den forbindelse, samt beskrivelsen i Prop. 100 S (2015–2016) (om europeiske finanstilsyn) punkt 10, særlig punkt 10.2, jf. Innst. 386 S (2015–2016). Det finnes etter hvert en rekke tilfeller der Stortinget har samtykket etter Grunnloven § 26 annet ledd basert på det synet at det har foreligget myndighetsoverføring, men at denne har vært «lite inngripende». Vi viser, som eksempler, til St.prp. nr. 44 (2004–2005), jf. Innst. S. nr. 164 (2004–2005) (flysikkerhet - EASA-forordningen), Prop. 133 S (2011–2012), jf. Innst. 86 S (2012–2013) (resirkulert plast), Prop. 16 S (2012–2013), jf. Innst. 191 S (2012–2013) (vinforordningene), Prop. 27 S (2012–2013), jf. Innst. 146 S (2012–2013) (flysikkerhet II – revidert EASA-forordning), Prop. 4 S (2013–2014), jf. Innst. 94 S (2013–2014) (tømmerforordningen), Prop. 35 S (2013–2014), jf. Innst. 156 S (2013–2014) (markedsføring og bruk av biocidprodukter), Prop. 80 S (2014–2015), jf. Innst. 270 S (2014–2015) (konsortium for europeisk forskningsinfrastruktur – ERIC) og Prop. 123 S (2014–2015), jf. Innst. 390 S (2014–2015) (luftfartsvirksomhet utøvd av tredjestatsoperatører – «EASA III»). I tilknytning til den sistnevnte saken stemte representantene fra Sp og SV for et forslag om å sende proposisjonen tilbake til

regjeringen «då Noreg ut frå Grunnlova ikkje har høve til å avgje suverenitet til overnasjonale organisasjonar landet ikkje er medlem av».

I andre tilfeller har regjeringen, der det har vært antatt at gjennomføringen av en ny rettsakt ville innebære mer enn en «lite inngripende» myndighetsoverføring, søkt å få tilpasninger før eventuell innlemmelse av rettsakten i EØS-avtalen, slik at en holder seg innenfor Grunnlovens rammer for traktatinngåelse. Vi viser som eksempel til St.prp. nr. 49 (2007–2008), jf. Innst. S. nr. 246 (2007–2008) (REACH-forordningen) og Prop 90 S (2009–2010), jf. Innst. 258 S (2009–2010) (legemidler/markedsføringstillatelse). Også i forbindelse med tidligere vurderinger av konstitusjonelle spørsmål knyttet til bilaterale investeringstraktater har læren om lite inngripende myndighetsoverføring vært lagt til grunn ved vurderingen av det konstitusjonelle handlingsrommet. Vi anser det på dette grunnlag lite tvilsomt at myndighetsoverføring som er «lite inngripende», kan skje ved bruk av den ordinære fremgangsmåten for traktatinngåelse, det vil si etter Grunnloven § 26.

Grunnloven gir selv ingen veiledning om vurderingen av når myndighetsoverføring er å anse som «lite inngripende». Vurderingen av hva som kan aksepteres, må prinsipielt ta utgangspunkt i den enkelte kompetansebestemmelsen i Grunnloven som det er tale om å gripe inn i (§ 3, § 49, § 75, §§ 88 til 90 mfl.). Dette må ses i sammenheng med utgangspunktet vi har skissert foran i punkt 3.2: Norske statsorganer kan ikke inngå traktater som kommer i strid med Grunnloven. Praksis, i første rekke slik den er kommet til uttrykk i forbindelse med Stortingets behandling av tidligere saker, vil kunne gi veiledning om hvor grensen for «lite inngripende» myndighetsoverføring går. Denne praksisen bygger på at en rekke momenter kan være relevante ved vurderingen av hva som er «lite inngripende». I St.prp. nr. 100 (1991–92) side 342 er følgende uttalt:

«Kriteriet «lite inngripende» gir anvisning på en skjønnsmessig helhetsvurdering, der det ikke er mulig å gi en uttømmende oppregning en gang for alle av de hensyn som kan ha betydning ved vurderingen.»

Etter praksis er relevante momenter bl.a. den nærmere arten av myndigheten som overføres, omfanget av myndighetsoverføringen og i den forbindelse om overføringen gjelder et bestemt og avgrenset saksområde. Det har videre betydning om overføringen er basert på gjensidighet og likeverdig deltakelse. I praksis er det også lagt vekt på i hvilken grad norske myndigheter har mulighet til å avbøte uheldige virkninger av myndighetsoverføringen. Det må også legges vekt på arten av de samfunnsmessige og politiske interessene som berøres gjennom myndighetsoverføringen. I grensetilfeller kan Stortingets standpunkt i det enkelte tilfellet bli avgjørende for spørsmålet om Grunnloven § 26 kan brukes.

Vi viser ellers til beskrivelsen i Meld. St. nr. 5 (2012–2013) EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU side 43–44. Der ble læren om lite inngripende myndighetsoverføring gitt en kort, men generell omtale i forbindelse med beskrivelsen av utviklingen innenfor EU, med betydning også for EØS-avtalen, av regelverk som gir byråer og tilsynsorganer myndighet til å fatte beslutninger som er bindende for foretak

og personer i medlemslandene. Under behandlingen i Stortinget ble denne beskrivelsen lagt til grunn av en samlet utenriks- og forsvarskomiteé, se Innst. 227 S (2012–2013). Vi nevner for fullstendighetens skyld at stortingsmeldingen ble fremmet på bakgrunn av NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU, der de konstitusjonelle spørsmålene knyttet til myndighetsoverføring ble gitt bred omtale. Vi viser særlig til NOU 2012: 2 side 229–248, jf. side 855–857.

3.5 Særlig om overføring av myndighet til å binde Norge folkerettslig

Overføring av myndighet til å binde Norge folkerettslig griper inn i kompetansen etter Grunnloven § 26. For traktater som åpner for slik myndighetsoverføring, har vurderingen av hva som kan aksepteres uten grunnlovsendring, i praksis ikke vært knyttet til kriteriet «lite inngripende». Vi viser til Bekkedal, Om Grunnlovens medlemskapsprinsipp ved overføring av myndighet til internasjonale organisasjoner, Kritisk juss 2015 side 197–230 på side 216 (for et mulig avvikende syn Backer, Er Norge fortsatt en selvstendig stat, inntatt i Lødrup mfl. (red.): Rettsteori og rettsliv: Festskrift til Carsten Smith (2002) side 43–58 på side. 51 (note 21)). Vi viser ellers til punkt 2.3.

I St.prp. nr. 100 (1991–92) side 338 ble det nokså reservasjonsløst lagt til grunn at Grunnloven § 115 ikke kommer til anvendelse dersom en internasjonal organisasjon bare kan treffe vedtak med folkerettslig virkning for Norge. Standpunktet forutsetter at en i stedet kan gå frem etter fremgangsmåten i Grunnloven § 26. Det ble tilføyd at spørsmålet var uten praktisk betydning i saken fordi bruk av § 115 uansett var nødvendig av andre grunner (systemet for håndheving av konkurransereglene i EØS). I St.prp. nr. 50 (1998–98) side 35 (punkt 4.3.1) er standpunktet noe mer reservert:

«Utøvelse av ... myndighet til å forplikte Norge folkerettslig, får ikke «direkte virkning» i forhold til borgerne. Overføring av slik myndighet ut av riket krever ikke – iallfall i utgangspunktet ikke – vedtak etter § 93. Myndighet til å forplikte Norge folkerettslig kan derimot etter sikker praksis normalt overføres etter reglene i § 26.»

I St.prp. nr. 50 (1998–99) på side 43–44 (punkt 4.4.5) er det videre argumentert for at «listen for hvor mye myndighet Grunnloven tillater overført etter § 26 annet ledd, må ligge betydelig høyere når det gjelder overføring av kompetanse til å forplikte Norge folkerettslig, som jo ikke uten videre får konsekvenser for borgerne, enn når det gjelder overføring av kompetanse til å utøve myndighet med direkte virkning i Norge, som jo nettopp kan få umiddelbar virkning for borgerne».

En har i statspraksis i alle fall lagt til grunn at det er vide rammer for staten til å overlate myndighet til å binde seg folkerettslig, til et internasjonalt organ.

At en har bygd på en annen tilnærming ved beskrivelsen av rettstilstanden når det gjelder adgangen for Norge til å bli bundet folkerettslig gjennom internasjonale organisasjoners vedtak, har sin bakgrunn både i prinsipielle og praktiske hensyn. Prinsipielt må tilnærmingen når det gjelder traktatmyndigheten ses i sammenheng med

den dualismen som består i forholdet mellom folkeretten og det interne norske rettssystemet. Poenget er uttrykt slik i St.prp. nr. 100 (1991–92) side 337:

«Dersom vedtaket i den internasjonale organisasjonen er så detaljert at det nasjonale gjennomføringsvedtak ikke godt kan bli annet enn tilnærmet avskrift, kan det kanskje virke som en uvesentlighet om det internasjonale vedtaket har direkte virkning eller ikke. Norge vil jo forutsetningsvis lojalt oppfylle alle folkerettslige vedtak vi er bundet av. Prinsipielt er det likevel en avgjørende forskjell på å være herre over det siste, avgjørende skritt som er nødvendig for å skape nye forpliktelser for landets borgere, og å gi slipp på denne «kontrollmuligheten».»

Det har vært innvendt at skillet mellom folkerettslig og direkte internrettslig virkning er rent formelt, det vil si at det har liten eller ingen reell betydning for statens suverenitet eller handlefrihet om de båndene som staten påtar seg, faller i den ene eller andre kategorien. Etter vårt syn er det vanskelig å komme bort fra at det har vært tatt utgangspunkt i et slikt skille i lang tid, også i helt sentrale saker, jf. særlig St.prp. nr. 100 (1991–92), som det er vist til like foran, St.prp. nr. 50 (1998–99) og St.prp. nr. 100 (2015–2016).

Til forskjell fra det som gjelder ved anvendelsen av Grunnloven § 115, får skillet mellom folkerettslig og direkte internrettslig virkning imidlertid ikke i seg selv avgjørende betydning for om overføring av myndighet til å treffe en bestemt type vedtak, ligger innenfor traktatkompetansen etter Grunnloven § 26 eller ikke. Om vedtaket har direkte internrettslig eller kun folkerettslig virkning blir i stedet et moment i vurderingen av om overføringen ligger innenfor det Grunnloven tillater eller ikke, jf. Fleischer, Grunnloven § 93, Jussens venner 1963 side 73–111 på side 81 og Castberg, Konstitusjonelle spørsmål som oppstår ved statens deltagelse i internasjonale organisasjoner, inntatt i forhandlingene fra det 20. nordiske juristmøte (1954) på side 78. Vi viser også til argumentasjonen til Boe, Schengen og Grunnloven, IUSEF nr. 30 (1999) side 54 flg. på side 83 flg., med henvisninger og tilslutning til Justisdepartementet (Lovavdelingen), Castberg, Hiorthøy, Opsahl og Eckhoff. Boe argumenterer primært for at det ved inngåelse av traktater med grunnlag i Grunnloven § 26 gjelder skranker også dersom vedtakene fra den internasjonale organisasjonen bare har folkerettslig virkning. Det underliggende poenget, som Boe også fremhever, er imidlertid at de reelle virkningene av en myndighetsoverføring, uavhengig av om den også omfatter direkte virkning eller ikke, også må spille inn.

3.6 Betydningen av praksis fra før 1962 for adgangen til å nytte Grunnloven § 26

Kort tid etter vedtakelsen av Grunnloven § 93 (nå § 115) oppsto spørsmål om traktater av en art som tidligere kunne inngås ved bruk av Grunnloven § 26, nå måtte følge fremgangsmåten i Grunnloven § 93 (§ 115), forutsatt at tiltaket falt innenfor virkeområdet for den nye grunnlovsbestemmelsen, eller om en fortsatt kunne nytte Grunnloven § 26 i slike tilfeller. Spørsmålet oppsto i forbindelse med behandlingen av St.prp. nr. 5 (1961–62) Om norsk deltagelse i et felles luftforsvarssystem for den europeiske delen av NATO-området.

Under saksforberedelsen i Stortingets militærkomité ble det, på oppfordring fra Justisdepartementet, innhentet uttalelse fra Stortingets utenriks- og konstitusjonskomité. Uttalelsen er gjengitt i Innst. S. nr. 149 (1962–63), se særlig side 334:

«Når det så gjelder disse tiltak sett i forhold til den nye § 93 i grunnloven, så må man holde seg bakgrunnen for denne paragraf for øye. Og bakgrunnen var at man forutså at det kunne være behov for å ha hjemmel i grunnloven til på et begrenset område å foreta overføring til et overnasjonalt organ av myndighet av lovgivende, utøvende eller dømmende art med direkte virkning for norske borgere.

Den nye § 93 er etter hele sin tilblivelse en fremtidsrettet paragraf, hvis formål er å muliggjøre beslutninger som grunnloven tidligere ikke gav hjemmel for.

Det ville ikke være i samsvar med paragrafens ånd å tolke ordlyden i den slik, at heretter skal også tiltak som i henhold til Stortingets tidligere grunnlovspraksis har hjemmel i grunnloven, undergis behandling etter den nye § 93.

Det skulle neppe trenge noen nærmere påvisning at det aldri har vært meningen med den nye § 93 å gi uttrykk for en underkjenning av Stortingets tidligere klart uttalte forståelse av grunnloven og beslutninger truffet i overensstemmelse hermed.

Etter komitéens oppfatning er det derfor ikke grunnlag for å trekke behandlingen av den ordning som foreslås i St. prp. nr. 5 for 1961–62 inn under § 93 i grunnloven, men gå fram på samme måte som tidligere og treffe vedtakene med alminnelig flertall i Stortinget.»

Stortingets militærkomité viste i sin innstilling til utenriks- og konstitusjonskomiteens uttalelse og la til grunn at en kunne «gå fram på samme måte som tidligere og treffe vedtakene med alminnelig flertall i Stortinget» (Innst. S. nr. 149 (1962–63) side 332).

Dette prinsipielle standpunktet er blitt lagt til grunn i praksis siden, se f.eks. Backer, Er Norge fortsatt en selvstendig stat, inntatt i Lødrup mfl. (red.): Rettsteori og rettsliv: Festskrift til Carsten Smith (2002) side 43–58 på side 45 med henvisninger.

På den annen side vil det forhold at Grunnloven § 26 kan nyttes, ikke i seg selv avskjære bruken av Grunnloven § 115. De to bestemmelsene har etter dette i noen grad overlappende virkeområder. Vi tilføyer at det etter vårt syn ikke blir treffende å tale om at kompetansebestemmelsen i Grunnloven § 115 tolkes innskrenkende ved at en annen kompetansebestemmelse nyttes i et tilfelle der § 115 kunne ha vært brukt. Det gjelder selv om Grunnloven § 26 annet ledd stiller mindre strenge krav til flertall enn det som følger av Grunnloven § 115.

Det finnes fra tiden før vedtakelsen av Grunnloven § 93 (nå § 115) i 1962 en ikke ubetydelig praksis som kan kaste lys over hva Stortinget har vurdert å ligge innenfor rammen av traktatkompetansen i Grunnloven § 26. Her nøyer vi oss med å vise til de oversiktene som finnes i St.meld. nr. 89 (1951), samt supplement i Innst. S. nr. 185 (1956). Vi nevner for ordens skyld at spørsmål om hvilke grenser som gjaldt, tidligere ble drøftet primært med grunnlag i selvstendighetskravet i Grunnloven § 1, mens

tilsvarende spørsmål i dag i stedet blir drøftet med grunnlag i læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring.

Vi peker for fullstendighetens skyld på at vurderingen av hva som ligger innenfor Kongens traktatkompetanse etter Grunnloven § 26 i dag må bero på rettskildebildet slik det har utviklet seg, inkludert Stortingets nyere praksis.

3.7 Ligger myndighetsoverføringen i saken her innenfor Kongens traktatkompetanse (med Stortingets samtykke) etter Grunnloven § 26?

Spørsmålet er om det ligger innenfor Kongens traktatkompetanse etter Grunnloven § 26 (med Stortingets samtykke etter § 26 annet ledd) å inngå en folkerettslig forpliktelse med et slikt innhold som fremgår av Prop. 4 S (2017–2018).

Vi har i punkt 2.4 og 2.5 drøftet to elementer av myndighetsoverføring. For det første overføres myndighet til ESA til i visse tilfeller å rette pålegg til RME. For det andre ligger det et element av myndighetsoverføring, knyttet til Grunnloven § 3, ved at ESA gis kompetanse til å treffe pålegg, samtidig som Kongen har plikt til å avstå fra å treffe pålegg om den samme typen spørsmål. På det første punktet dreier det seg om overføring av myndighet til å treffe vedtak med folkerettslig virkning, mens det andre punktet dreier seg om overføring av myndighet av internrettslig karakter.

Det fremgår av punkt 3.4 og 3.5 at vurderingen av spørsmålet om myndighetsoverføring i de to tilfellene ligger innenfor Kongens traktatkompetanse etter Grunnloven § 26 (med Stortingets samtykke etter § 26 annet ledd) skjer ut fra ulike rettslige utgangspunkter. Det er vide rammer for staten til å overlate myndighet til å binde seg folkerettslig, til et internasjonalt organ. For vurderingen av den myndighetsoverføringen som er knyttet til Grunnloven § 3, er spørsmålet om denne overføringen er «lite inngripende».

Ved vurderingen finner vi det riktig å ta utgangspunkt i det inngrepet som skjer i kompetansen etter Grunnloven § 3 (Kongens instruksjonsrett) og vurdere om denne myndighetsoverføringen er «lite inngripende». Omfanget av ESAs kompetanse til å rette pålegg mot RME har så nær sammenheng med inngrepet i § 3-kompetansen at det faller naturlig å trekke dette inn som et moment i vurderingen.

Vi viser til beskrivelsen av ESAs påleggskompetanse i punkt 1.4.

At Kongens instruksjonsrett etter Grunnloven § 3 avskjæres i saken her, innebærer prinsipielt at et viktig element av kontroll- eller styringsmulighet fra de øverste statsmaktene skjæres bort. Indirekte får det også betydning for den parlamentariske kontrollen og i ytterste fall muligheten for ansvarliggjøring konstitusjonelt. I debatten frem mot vedtakelsen av Grunnloven § 93 (nå § 115) ble nettopp betydningen av at myndighetsutøvelse i Norge er underlagt de konstitusjonelle organenes mulighet for styring og kontroll, fremhevet.

Debatten om tredje energimarkedspakke viser dessuten at det er betydelige samfunnsmessige og politiske interessene knyttet til spørsmålet om gjennomføringen av tredje energimarkedspakke som helhet. Vi finner imidlertid grunn til å peke på at den konstitusjonelle vurderingen her kun dreier seg om den delen av saken som har elementer av myndighetsoverføring i seg.

Tapet av muligheten for kontroll og styring må dessuten ses i sammenheng med andre momenter: Det dreier seg her om å utøve forvaltningsmyndighet på et bestemt og avgrenset saksområde, noe som trekker i retning av at myndighetsoverføringen som er knyttet til Grunnloven § 3, er «lite inngripende».

Den delen av NVEs virksomhet (hos RME) som ikke er underlagt instruksjonsrett, skjer videre innenfor et nokså detaljert EØS-rettslig rammeverk som gjennomføres av norske myndigheter på ordinært vis, i samsvar med det dualistiske prinsippet. Tilsvarende vil ESAs myndighet til å rette pålegg til RME være begrenset av EØS-rettslige rammer. Det er videre slik at Stortinget fortsatt kan trekke opp ytterligere rammer for RMEs virksomhet gjennom lovgivningen, enten det er tale om lovgivning som gjelder særlig på energiområdet eller alminnelige bestemmelser f.eks. i forvaltningsloven. Kongen eller underordnede organer (departementet eller NVE) kan gi forskrifter så langt Stortinget åpner for dette. Det er fortsatt tillatt med en ordning der Kongen utnevner direktøren for NVE. Tjenestemennene i RME er underlagt ansvar etter bl.a. statsansatteloven og straffelovgivningen. En rekke sider av RMEs virksomhet, selv på området der ESA har myndighet til å rette pålegg mot RME, er dermed underlagt Grunnloven. RMEs virksomhet er dessuten underlagt norsk retts ordinære regler om domstolskontroll med forvaltningsvedtak.

Sett i et slikt perspektiv blir det ved vurderingen av inngrepet i Grunnloven § 3 for snevert å skjære ut én begrenset funksjon i det settet av ulike virkemidler som statsmaktene har for å styre RME. Etter vårt syn kan en heller ikke se bort fra at Kongen på en rekke andre områder gjennom lov er avskåret fra å utøve instruksjonsmyndighet over forvaltningen, enten gjennom lovbestemmelser som sier noe uttrykkelig om dette, eller mer indirekte gjennom den måten forvaltningen er organisert på i lovgivningen. Trekker en inn dette perspektivet, blir den beskjæringen av Kongens instruksjonsmyndighet som det her er tale om, meget beskjeden.

Som nevnt vil det ved vurderingen være naturlig å trekke inn omfanget av ESAs kompetanse til å rette pålegg mot RME. ESA vil i praksis kunne treffe avgjørelse om slike pålegg i en del tilfeller. ESAs myndighet utøves innenfor de rammene som er beskrevet tidligere. ESAs myndighet gjenspeiler den beskjæringen av Kongens kompetanse som vi har drøftet foran, og hvor vi har konkludert med at beskjæringen er meget beskjeden. Gitt de vide rammene praksis har tillatt for staten til å overlate kompetanse til å binde seg folkerettslig, må betydningen av ESAs kompetanse til å binde Norge folkerettslige gjennom sine pålegg rettet mot RME få begrenset vekt i den

totalvurderingen som må skje. Vi kan ut fra dette ikke se at ESAs vedtakskompetanse får utslagsgivende betydning for vurderingen.

Vi finner avslutningsvis grunn til å peke på at Stortinget tidligere har akseptert myndighetsoverføringer som fremstår som langt mer inngripende enn tilfellet her, knyttet til Grunnloven § 25 første ledd første punktum. Selv om militærforvaltningen ikke uten videre kan sammenlignes med feltet her, ville det fremstå paradoksalt dersom den typen myndighetsoverføring er akseptabel etter Grunnloven, samtidig som tilfellet her skulle falle utenfor.

Alle elementene av myndighetsoverføring som ligger i Prop. 4 S (2017–2018), må vurderes samlet. I tidligere vurderinger av tredje energimarkedspakke, jf. punkt 1.3, har vi lagt til grunn at myndighetsoverføringen som skjer ved at ESA kan rette pålegg om utlevering av informasjon til foretak i Norge og tilhørende sanksjonsbestemmelser, innebærer en svært begrenset utvidelse i forhold til de gjeldende EØS-rettslige forpliktelser. Vi kan derfor ikke se at denne myndighetsoverføringen får betydning for konklusjonen.

Vår konklusjon er at myndighetsoverføring av et slikt innhold som fremgår av Prop. 4 S (2017–2018), må regnes som «lite inngripende». Det ligger dermed innenfor Kongens traktatkompetanse etter Grunnloven § 26 (med Stortingets samtykke etter § 26 annet ledd) å inngå en folkerettslig forpliktelse med et slikt innhold.

Med vennlig hilsen


Arnulf Tverberg
avdelingsdirektør


Ida Sørebo
lovråd giver

